

DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade o estudo da teoria dos direitos fundamentais e sua aplicação ao contrato de emprego.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Relação de emprego.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Teoria dos Direitos Fundamentais - 2.1. Premissa básica: o que são direitos fundamentais? - 2.2. O caráter principiológico das normas de direitos fundamentais - 2.3. O problema da colisão - 2.4. A ponderação - 3. Os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego - 3.1. A titularidade dos direitos fundamentais - 3.2. Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais - 3.3. A eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais - 3.4. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego - 4. A violação concreta de direitos fundamentais do empregado pelo empregador: casuística - 5. Conclusão

**PRISCILA CUNHA LIMA DE
MENEZES,
Juíza do Trabalho Substituta
do TRT da 5ª Região e
Mestranda em Direito pela
Universidade Federal da
Bahia.**

1. Introdução

Atualmente, está-se diante de um fenômeno caracterizado pelo soerguimento da Constituição enquanto centro da ordem jurídica, irradiador de efeitos sobre todos os demais ramos; há, hoje, uma nova forma de entender e concretizar o texto constitucional. São mais do que atuais as lições de Konrad Hesse para quem é preciso reconhecer e assegurar a força normativa da Constituição, que deve se converter em uma força ativa.¹

Nesse sentido, os direitos fundamentais como valores constitucionalmente assegurados tem ocupado papel relevante dentro do Direito, passando por uma valorização crescente em importância e autoridade. O presente artigo tem essa noção como ponto de partida e está dividido em duas partes.

Na primeira, analisa-se a teoria dos direitos fundamentais, a estrutura das normas, a questão da colisão e a técnica da ponderação.

Num segundo momento, partindo da fixação da titularidade dos direitos fundamentais, sua dimensão objetiva e subjetiva, com o estudo da eficácia vertical e horizontal de tais valores, passa-se a avaliar a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais na relação de emprego, para, por fim, apresentar algumas situações que podem ser solucionadas a partir de tal perspectiva.

2. Teoria dos Direitos Fundamentais

O tema relacionado aos direitos fundamentais tem despertado grande interesse da comunidade jurídica ensejando ampla produção intelectual acerca de tal assunto. Entretanto, em razão da necessária e indispensável preocupação com o rigor metodológico, qualquer estudo dessa temática deve ser iniciado a partir da apresentação da noção de direito fundamental, ou seja, a partir de um estudo sobre o que vem a ser considerado um direito enquadrado em tal categoria.

Nesse objetivo, considerando também o dissenso acerca da terminologia a ser empregada ao tratar de tais direitos, comumente intitulados liberdades públicas e direitos humanos, por exemplo, com diferentes acepções e significados, fixa-se, de logo, que o presente estudo parte da análise dos direitos fundamentais, sendo esta a terminologia a ser utilizada no tratamento da matéria.

2.1. Premissa básica: o que são direitos fundamentais?

Inicialmente se justifica a opção pela terminologia direitos fundamentais e não direitos humanos no presente trabalho, na esteira do constituinte brasileiro. Isso porque se adota aqui o critério do plano ou esfera de positividade para distinguir essas duas figuras, segundo o qual: direitos fundamentais são considerados como aquelas posições jurídicas expressamente positivadas ou reconhecidas no âmbito de uma ordem jurídica constitucional, ao contrário dos direitos humanos que possuem reconhecimento e positividade no âmbito internacional. Desta forma, opta-se pelo enfrentamento da questão dos direitos fundamentais no âmbito da ordem jurídica constitucional brasileira. Entretanto, a ordem constitucional pátria ao consagrar direitos fundamentais no texto constitucional o faz junto com a enumeração de diversos outros direitos cuja fundamentalidade não se evidencia. Assim, há de se identificar, dentro de uma realidade constitucional complexa, quais direitos podem ser considerados fundamentais.

Nesse passo, os direitos fundamentais devem ser entendidos como aqueles cujo conteúdo se mostra relevante e

1 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, *passim*.

essencial em uma dada realidade constitucional. Isso quer dizer que a qualidade de fundamental é estabelecida primordialmente pelo próprio constituinte, que elege valores considerados essenciais e cuja proteção diferenciada se mostra necessária. A esses bens jurídicos relevantes e essenciais o constituinte atribui uma força jurídica especial em relação às demais normas, prevendo-os de forma implícita ou explícita.

Todavia, há direitos fundamentais que não se encontram expressamente positivados no texto da Constituição brasileira, mas, nem por isso, por sua essencialidade, deixam de ser considerados fundamentais. São os direitos fundamentais positivados em tratados internacionais que passam a integrar na ordem jurídica brasileira como normas constitucionais, a teor do artigo 5º, parágrafo terceiro da CF/88.

Como se vê, a qualidade de fundamental atribuída a um dado direito não goza de uma perspectiva universal e atemporal; os direitos fundamentais enquanto valores essenciais do homem desenvolvem-se ao longo do tempo e em conjunto com a própria noção de Estado, não sendo possível seu estudo a não ser a partir de um sistema jurídico específico e considerando ainda a sua evolução histórica. Portanto, os bens jurídicos essenciais necessários à sobrevivência do homem são culturalmente construídos.

Comenta tal circunstância Daniel Sarmento, salientando que “os direitos fundamentais não constituem entidades etéreas, metafísicas, que sobrepassam o mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana”².

Dessa forma, a construção dos direitos fundamentais está intimamente relacionada às noções do Estado Liberal e Estado Social, no mundo ocidental. Isso porque a evolução do conteúdo, eficácia e efetivação dos direitos fundamentais tem sofrido transformações que, regra geral, acabam por coincidir com as alterações ocorridas na forma de tratamento do próprio poder estatal nas sociedades.

Essa perspectiva histórica é comentada por Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual “há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder”³, ou seja, os direitos fundamentais guardam íntima relação com a evolução histórica da delimitação da soberania estatal.

A partir deste aspecto histórico, tem-se que no Estado Liberal a lógica que imperava era a da limitação do Poder Estatal ao qual cabia assegurar o desenvolvimento livre da sociedade, a partir de uma intervenção mínima. Vigorava a premissa de que o Estado deveria ausentar-se de interferir nas relações entre particulares; havia uma preocupação intensa em limitar rigorosamente a ação estatal cuja intervenção era considerada negativa. É a fase de reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos de defesa, oponíveis ao Estado, e que impõem uma conduta omissiva, ou de não intervenção estatal na esfera de autonomia individual. Nesta fase inicial surgem os direitos fundamentais de liberdade, vida e igualdade.

Já no Estado Social, construído a partir da falência do modelo anterior, o Poder Estatal passa a ocupar um espaço maior de intervenção na sociedade, adotando uma postura comissiva com o objetivo de alcançar o buscado bem-estar social. As prestações estatais, portanto, são então valorizadas. Dá-se, assim, o surgimento dos direitos fundamentais a prestações, ou positivos.

Toda essa construção histórica demonstra que os direitos fundamentais possuem, regra geral, assento formal no texto constitucional e acabam por ser caracterizados como direitos humanos expressamente positivados na Constituição de um determinado Estado, além de resgatarem o valor da pessoa humana.

Dessa forma, ao lado desse aspecto histórico que grande influência possui na construção de um conceito acerca dos direitos fundamentais, acopla-se a noção de que é preciso se reconhecer a essência de tais direitos como relacionados à própria noção de dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais são valores que se relacionam com as noções de liberdade, igualdade e solidariedade e, portanto, não só o aspecto formal da previsão constitucional informa a sua conceituação, mas também o seu conteúdo material.

Flávia Piovesan, ao analisar os precedentes históricos do processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos, conceitua:

Defende este estudo a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório.⁴

Isso significa que além do assento constitucional, os direitos fundamentais se relacionam com um padrão justo e digno de vida, reconhecidos a todos os homens.

2. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 18/19.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

4. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2009, p.112-113

Conjugando os diferentes aspectos da conceituação dos direitos fundamentais, Dirley da Cunha Junior esclarece: [...] os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material). Esse conceito, entretanto, ainda fica a depender da ordem constitucional concreta de cada Estado, uma vez que, o que é fundamental para certo Estado, pode não ser para outro.⁵

Nesse passo, inspirado na doutrina de Robert Alexy, para Ingo Wolfgang Sarlet, tratando da circunstância de que os direitos fundamentais representam um rol em constante transformação, com novas inclusões de direitos, explana: Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento da Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).⁶

A clássica doutrina de José Afonso da Silva, também contribui com a conceituação, ao optar pela expressão direitos fundamentais do homem que seriam “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.⁷

De tais noções, portanto, se podem extrair os aspectos material e formal dos direitos fundamentais, uma vez que essa categoria de direitos representam um catálogo aberto, não se restringindo somente àqueles expressamente previstos no texto constitucional.

Por fim, destaca-se a contribuição de Arion Sayão Romita para quem:

[...] pode-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos. Poderiam ser acrescentadas as notas acidentais de exigência do respeito a essas garantias por parte dos demais homens, dos grupos e do Estado e bem assim a possibilidade de postular a efetiva proteção do Estado em caso de ofensa.⁸

Os direitos fundamentais, portanto, são destinados à proteção do ser humano, à promoção da vida digna, impondo-se a todos, não só a Estado, mas também aos particulares o dever de realizar tais valores. Revelam uma construção histórica e, portanto, não representam um conjunto de posições jurídicas estanque, mas sim em constante evolução.

2.2. O caráter principiológico das normas de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais como valores a serem buscados, como visto, encontram-se previstos na ordem jurídica, apesar do seu catálogo estar em constante enriquecimento. Por outro lado, tais direitos, face às suas peculiaridades imanentes, exigem uma previsão normativa e aplicação especial, particular, característica.

Nesse passo, é necessário investigar se é possível determinar se os direitos fundamentais possuem caráter de normas princípios ou de regras, afinal, a depender de tais aspectos, será possível fixar a forma de efetivá-los, especialmente quando diante de eventuais colisões.

No particular, valem os esclarecimentos de Robert Alexy para quem “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”⁹, pois essa diferenciação seria a “chave para a solução de problemas centrais da dogmática”¹⁰ de tais direitos já que sem tal diferenciação, não seria possível se tratar de eventuais ocorrências de colisões. É necessário, portanto, investigar a distinção entre essas duas estruturas de normas, como premissa para fixação do caráter das normas de direitos fundamentais.

É também a doutrina de Robert Alexy que esclarece que as normas podem ser princípios e regras, ou seja, ambas expressam um dever-ser¹¹, mas não se confundem:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja

5 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 155.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. re. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 77

7. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 178.

8. ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2009, p. 51

9. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trd. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

10. Idem, p. 85.

11. Idem, p. 87.

realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹²

Isso significa que regras determinam uma conduta específica a ser obedecida, possuem um comando, revelam orientações definidas. Por outro lado, os princípios definem uma circunstância a ser alcançada, um objetivo a ser cumprido, um escopo, pois “os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido”¹³; “os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas, ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários”¹⁴

Dessa forma, tem-se que no caso das regras, sua aplicação resulta no cumprimento integral do quanto estatuído na mesma, ou seja, precisamente no quanto descrito na norma legal. Por outro lado, os princípios não atuam da mesma maneira, mas são impostos em graus distintos, sempre, entretanto, com a preocupação da maior eficácia possível. Comenta Virgílio Afonso da Silva:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.

Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. [...]

No caso dos *princípios* não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral, essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.¹⁵

Diante de tais diferenciações é possível afirmar que, em geral, os direitos fundamentais são considerados normas princípios, exigindo sua máxima efetividade. Diz-se regra geral, pois de uma disposição de direito fundamental pode ser construída tanto uma regra, ainda que incompleta, quanto um princípio, ou até mesmo resultar num caráter duplo, reunindo ambos os níveis em uma mesma norma:

O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as normas de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início, elas são ou regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos. Uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos¹⁶.

Este modelo duplo, portanto, é “obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo”¹⁷.

Entretanto, para os fins do presente trabalho, ressalta-se primariamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais enquanto normas princípio.

Posto isso, tem-se que os direitos fundamentais enquanto normas princípio que são devem ser concretizados no maior grau possível. Um eventual conflito entre os mesmos, em razão disso, jamais resultará na declaração da sua invalidade, ao contrário do que se dá com as regras, cujo conflito pode ser resolvido com o reconhecimento da ineficácia de uma delas frente a outra.

O conflito entre regras, leva em consideração o plano de sua validez, posto que geralmente são aplicáveis através da subsunção, sendo indispensável a análise da hierarquia entre elas. Desta forma, o conflito entre regras se resolve introduzindo-se uma cláusula de exceção em uma delas, ou declarando-se uma delas inválida, afinal a regra aplica-se na modalidade tudo-ou-nada.

O conflito entre princípios, por outro lado, não se dá da mesma maneira.

12. Idem, p. 90/91

13. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 79.

14. Idem, p. 80.

15. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo, Malheiros, 2010, p.45.

16. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141.

17. Idem, p. 144.

2.3. O problema da colisão

Como visto, os direitos fundamentais enquanto primariamente normas princípio devem ser concretizados em grau máximo. Todavia, esta concretização em seu grau mais elevado nem sempre será possível, pois ao ser efetivado diante do caso concreto, um direito fundamental poderá entrar em conflito com outros da mesma espécie. Esse conflito ocorrerá quando ambos, apesar de aplicáveis concomitantemente ao caso concreto, conduzam a soluções completamente opostas ou excludentes.

Esse conflito entre princípios, todavia, não se resolve da mesma maneira que o conflito entre regras, afinal para categorias distintas há de se reconhecer diferentes formas de interação. Como visto o conflito entre regras se resolve pela introdução de uma cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade de uma delas. Isso, todavia, não ocorre com os princípios em conflito. Esclarece mais uma vez Robert Alexy:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.¹⁸

Essa cedência de um princípio diante de outro se dá, ainda segundo o mesmo autor, que apresenta a lei de colisão, mediante a aplicação de um sopesamento entre eles, o qual resultará na definição de qual valor irá ter maior peso naquele caso concreto¹⁹.

Neste mesmo passo, o resultado de um conflito não se resolve para todos os demais embates futuros que podem vir a ocorrer. Isso quer dizer que os direitos fundamentais, enquanto normas-princípios que geralmente são, não possuem uma hierarquização interna. Dessa forma, diante de um conflito, não se pode falar em absoluta prioridade de um deles sobre outro. O caso concreto é quem determinará qual valor irá se sobrepor ao outro, sendo aquela solução, aquele resultado, válido somente perante aquela determinada situação fática, sendo indispensável a argumentação para alcance daquela conclusão. É em razão dessa realização ótima dos valores estabelecidos nos princípios que pode vir a ser relativizada diante de um caso concreto, que se diz que os princípios não possuem um mandamento definitivo, mas apenas um caráter *prima facie* que pode vir a ser afastado; já as regras, ao contrário, são razões definitivas salvo se houver o estabelecimento de alguma exceção.

Esclarece Alexy: “[...] o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária”²⁰.

Aqui se reconhece, portanto, que os direitos fundamentais são concretizados em diferentes graus; reconhecendo-se também a possibilidade de relativização de todo e qualquer direito fundamental.

2.4. A ponderação

Considerando a abertura do catálogo dos direitos fundamentais, sua construção histórica e o conseqüente aumento do reconhecimento de tais posições jurídicas é possível afirmar que a máxima concretização de tais direitos resultam frequentemente em embates e conflitos entre tais direitos, o que acaba por impor uma limitação recíproca entre eles. Em regra, nem todo conflito é difícil de ser solucionado, pois, considerando ser o sistema composto de regras e princípios, na maior parte das vezes, será possível solucionar questões e litígios mediante o uso da técnica da subsunção. A ponderação somente cumprirá o seu papel naqueles casos considerados difíceis, nos quais a subsunção se mostrar insuficiente ou inadequada. Nesses casos, tais embates podem ser solucionados a partir da ponderação, resultando em uma precedência diante de um caso concreto de um direito fundamental sobre outro.

Assim, ao intérprete cabe, portanto, diante de um conflito, identificar de início se é o caso ou não de utilização da técnica da ponderação, o que não ocorre em todo e qualquer conflito que surge, mas somente em casos concretos nos quais o próprio sistema seja insuficiente na demonstração de soluções.

Nesse passo, há um procedimento, um método, uma forma de chegar a tal resultado, que conduz à solução por meio do uso da ponderação, que nada mais representa além de uma metodologia para solucionar tais conflitos difíceis. Este procedimento liga-se à argumentação, à demonstração motivada das razões que levaram a tal solução para um embate concreto, determinado; sua utilização, portanto, conduzirá a respostas apenas relativamente corretas, não absolutamente corretas.

Pois bem, a ponderação é composta de três máximas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Nos dois primeiros planos, analisa-se a questão fática, passando-se ao plano jurídico somente no último deles. No exame da adequação, o intérprete se liga à noção da idoneidade, buscando a conformação da restrição com a

18. Idem, p. 93.

19. Idem, p. 95.

20. Idem, p. 96.

finalidade perseguida pelo direito fundamental. Importa na indagação se o meio de restrição utilizado é adequado para alcançar o fim pretendido; o foco permanece na concretização completa do fim perseguido com eliminação dos meios inadequados.

No estágio da necessidade, se investiga os meios de restrição adequados e hipoteticamente disponíveis e também eficazes, impondo a opção por aquele que menos gravame importar para alcançar o fim pretendido. Analisam-se outras formas de restrição adequadas que poderiam ter sido escolhidas, optando por aquela que importar em uma menor restrição do direito fundamental sob exame, implica numa opção pela medida menos gravosa, menos intensamente interventiva; é um juízo comparativo.

Como se nota, há uma tensão entre a adequação e a necessidade, pois o meio pode ser ao mesmo tempo idôneo, mas não ser necessário. Além disso, apesar de parecer simples, o juízo de comparação entre o meio e fim pode conduzir a complexos problemas e soluções difíceis, diante do caso concreto, sem entretanto, desprezar-se aqui a utilidade de tais exames.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito importa uma análise jurídica, uma valoração. Importa no exame do princípio enquanto mandado de otimização, num estudo sobre a razoabilidade entre os meios eleitos e o correspondente resultado alcançado considerando a realização mais ampla possível dos valores; é um juízo de equilíbrio. Para Alexy, a proporcionalidade em sentido estrito é igual à lei do sopesamento que seria: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”²¹.

Comenta Ricardo Maurício Freire Soares:

A proporcionalidade em sentido estrito de um processo decisório é examinada diante da comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. O julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será considerado como desvantagem depende do exame axiológico do decisor, em face das circunstâncias da lide e da apuração do binômio utilitário do custo-benefício²².

Aqui a questão do peso de cada um dos princípios será fixada, será avaliada, impondo do intérprete uma valoração. Isso porque, dado que um conflito entre princípios resultará na precedência de um sobre o outro, a avaliação acerca da importância da satisfação de um deles há de encontrar fundamento na correspondente restrição do outro.

3. Os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego

Até aqui se tratou inicialmente do conceito de direitos fundamentais, seu caráter principiológico, o problema da colisão entre tais direitos e a estrutura da ponderação. Estes são os referenciais teóricos para o estudo de tais direitos fundamentais como categorias inseridas no contrato de trabalho.

Assim, passa-se a analisar a possibilidade de reconhecer-se ao empregado, enquanto particular vinculado a um contrato com outro particular, a titularidade de direitos fundamentais. Faz-se necessário, portanto, o exame da possibilidade de vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais; é a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

3.1. A titularidade dos direitos fundamentais

Ao ser abordada a temática da conceituação dos direitos fundamentais logo no início do presente trabalho, deu-se ênfase ao resgate do valor da dignidade da pessoa humana enquanto objetivo buscado por tal categoria de direitos. Desta forma, a titularidade dos direitos fundamentais é inspirada no valor da universalidade, sendo reconhecida a todas as pessoas.

Assim, a própria Constituição Federal, em seu artigo 1º coloca como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, ao lado dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Portanto, é inegável reconhecer-se que toda pessoa humana é titular de direitos fundamentais, na ordem jurídica brasileira, inclusive os estrangeiros residentes no país, a teor do artigo 5º da CF/88, não havendo dificuldades neste particular.

Todavia, além das pessoas humanas, existem também as pessoas jurídicas, às quais também se reconhece a titularidade de direitos fundamentais. Não se trata de reconhecer às pessoas jurídicas os mesmos direitos das pessoas naturais, dadas as limitações decorrentes da condição dos entes coletivos. Desta forma, os direitos fundamentais reconhecidos a tais pessoas jurídicas se restringem àqueles que se mostrem compatíveis com sua natureza particular e objetivos precípuos.

Ingo Wolfgang Sarlet esclarece, ainda, que o reconhecimento de direitos fundamentais a pessoas jurídicas representa, em realidade, um aspecto de proteção dos mesmos direitos às pessoas naturais:

Convém não esquecer, nesta perspectiva, que a extensão da titularidade de direitos fundamentais às

21 Idem, p. 593.

22 SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direito, justiça e princípios constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 90.

peças jurídicas tem por finalidade maior a de proteger os direitos das pessoas físicas, além do que em muitos casos é mediante a tutela da pessoa jurídica que se alcança uma melhor proteção dos indivíduos.²³ Nessa perspectiva, portanto, tem-se que além dos direitos fundamentais reconhecidos sem maiores dificuldades a todos os homens e mulheres, também se abre a possibilidade de reconhecer-se às diferentes pessoas jurídicas, enquanto entes empresariais que desenvolvem atividades econômicas, direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, desde que ligados à sua finalidade e desde que guardem relação com as limitações imanentes da condição de entes coletivos.

Trazendo tais noções para o âmbito privado, é possível reconhecer-se, por exemplo, o direito fundamental às empresas de pequeno porte de obter um tratamento favorecido, nos termos do artigo 170, IX da CF/88, bem como a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial de que gozam as universidades, nos termos do artigo 207 também da Constituição Federal. Além disso, também são reconhecidos os direitos fundamentais de propriedade, e seus desdobramentos.

3.2. Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais tem sido reconhecidos em sua dupla dimensão, enquanto direitos subjetivos e como valores objetivos. Isso quer dizer que além de criarem posições jurídicas subjetivas para as pessoas, assegurando o direito de defesa pelo cidadão em face do Poder Estatal, também atuam como valores objetivos que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito, sintetizando os ideais de uma comunidade.

Esclarece André Ramos Tavares:

Os direitos fundamentais foram originalmente concebidos em uma exclusiva dimensão subjetiva. A qualidade objetiva somente veio a somar-se a partir do segundo pós-guerra, em decorrência do reconhecimento de que os direitos fundamentais além de assegurarem aos indivíduos pretensões, exigíveis perante o Estado, consagram os “valores” mais fundamentais da comunidade política (cf. SARMENTO, 2004: 134) É a idéia de que toda Constituição assume posturas valorativas e não se pode conceber como axiologicamente neutra.²⁴

É também a doutrina de Ernst-Wolfgang Böckenförde:

*La teoría de los derechos fundamentales del Estado social pretende superar este desdoblamiento entre la libertad jurídica y libertad real. Para ello los derechos fundamentales ya no tienen solo un carácter delimitador-negativo, sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones de prestación social ante el Estado. Como contenido de la garantía no se presenta solo la libertad jurídicamente abstracta, sino la real. Aquí subyacen dos cosas: de un lado, la obligación del Estado derivada de los singulares derechos fundamentales de procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad de los derechos fundamentales, una especie de posición de garante para la implantación de la libertad en la realidad constitucional, y, del otro, el procuramiento de pretensiones de derecho fundamental a tales prestaciones estatales, o, en su caso, a la participación en instituciones estatales o procuradas por el Estado que sirven a la realización de la libertad de los derechos fundamentales.*²⁵

Acerca desta dimensão objetiva dos direitos fundamentais, também comenta Daniel Sarmento:

Reconhece a doutrina contemporânea a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, porque estes constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica que se expandem para todo o direito positivo. Abrem-se, desta feita, novos caminhos e potencialidades para a proteção e promoção dos ideais humanitários que alicerçam os direitos fundamentais, os quais serão enriquecidos com o reconhecimento da sua dimensão objetiva.²⁶

A dimensão subjetiva consagra posições subjetivas de vantagens, faculdades e poderes aos seus titulares, enquanto a objetiva sagra os direitos fundamentais enquanto valores da ordem jurídica, pelo que seus efeitos se irradiam, se ampliam sobre toda esta ordem jurídica.

Desta dupla dimensão dos direitos fundamentais enquanto posições jurídicas para a proteção do homem e enquanto valores constitucionalmente assegurados e que devem ser observados, implica principalmente a irradiação e expansão da eficácia direta e imediata desses direitos sobre toda a ordem jurídica, inclusive na relação entre particulares.

3.3. A eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais

Uma vez fixados os titulares de direitos fundamentais, bem como as suas dimensões objetiva e subjetiva, impõe-se

23 SARLET, Ingo Wolfgang. . *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 223

24 TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006, p. 106.

25 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés, Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 64.

26 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 135

o estudo da eficácia de tais direitos; há de se examinar em face de quem os titulares de tais direitos podem exigir sua observação imediata, plena e direta.

Vigora, em favor das normas que asseguram direitos fundamentais, a teor do artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal, a presunção de sua eficácia imediata. Isso quer dizer que o texto constitucional ao dispor de tal maneira, exigiu do intérprete a máxima eficácia dos direitos fundamentais dentro de toda a ordem jurídica brasileira. Desta forma, considerando o próprio âmbito de surgimento dos direitos fundamentais, não suscita maiores dúvidas ou questionamentos a possibilidade de seu reconhecimento e exigibilidade frente ao poder estatal, uma vez que inicialmente concebidos como forma de defesa contra ingerências do Estado. Os direitos fundamentais são, portanto, em sua dimensão vertical, oponíveis ao Estado, devendo por ele ser observados e respeitados, bem como assegurados. Trata-se, portanto, do reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais na relação cidadãoxEstado.

Ao lado deste aspecto vertical, os direitos fundamentais também estão aptos a gerar efeitos nas relações privadas, entre particulares: é o aspecto horizontal. Aqui a relação permeada pelos direitos fundamentais se dá entre cidadão x cidadão, no que a doutrina alemã denominou *Drittwirkung*.

Não se trata, por óbvia incompatibilidade, de aplicação nas relações entre particulares dos direitos fundamentais nos mesmos moldes como isso se dá na relação com o Estado. No caso das relações entre particulares, ambos são titulares de direitos fundamentais e da liberdade constitucionalmente assegurada, o que exige adaptações e limitações. Comenta Arion Sayão Romita:

A despeito das críticas que a tese da *Drittwirkung* sofreu e apesar da resistência que ela enfrentou inicialmente assim na doutrina como na jurisprudência, aos poucos, progressivamente, impôs-se a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, como limite negativo à autonomia privada. Reconheceu-se que os direitos fundamentais ostentam uma força conformadora potencialmente expansiva a todo ordenamento jurídico, não se restringindo ao âmbito das relações Estado/indivíduo.²⁷

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais se baseia na noção de que não somente o Estado pode, em sua relação com particulares, violar direitos fundamentais, mas também os próprios indivíduos ao se relacionarem cometerem tais abusos. Esta possibilidade de violação aos direitos fundamentais mostra-se ainda mais evidente naquelas relações entre particulares que revelam uma situação de desigualdade entre as pessoas, que estabelecem uma hierarquia entre elas, especialmente a relação de trabalho.

Essa também é a opinião de Daniel Sarmento, para quem “a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis”²⁸.

Nesse passo, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas assume especial relevo e importância diante daquelas relações em que há uma predominância de uma das partes frente a outra.

3.4. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego

A relação de emprego é uma relação entre particulares, essencialmente desigual, pois importa em uma subordinação do empregado ao empregador, por isso se considera que a autonomia privada não mostra todas as suas potencialidades.

O próprio Direito do Trabalho é construído como um sistema de tutela ao empregado, a partir de normas de ordem pública cuja derrogação pela autonomia privada se mostra impossível. Este ramo especial do Direito mantém sua própria existência fundada nessa necessidade de equilíbrio, segundo ensina Jose Luiz Menereo Peres:

Del Derecho del Trabajo se há podido decir que cumple una función política fundamental, a saber: equilibrar el juego de las fuerzas en oposición, asignando un papel propio a cada uno de los protagonistas a agentes sociales.²⁹

No mesmo sentido, comenta Luciano Martinez:

As limitações ao exercício da autonomia privada constituíram as medidas pioneiras na busca do equilíbrio contratual entre os desiguais. Soluções como esta, aliás, tornaram-se evidentes a partir do século XIX, e assim se procedeu por forças das lutas de classes, porque na relação de trabalho, essencial ao desenvolvimento da sociedade capitalista, não se identificava no polo operário o mínimo vestígio de qualquer liberdade contratual.³⁰

Isso significa que se reconhece que no contrato individual de emprego o trabalhador hipossuficiente não opta

27 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3 ed. rev. e aum. São Paulo, LTr, 2009, p. 196-197

28 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 304.

29 PEREZ, Jose Luis Monereo. *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Espanha: CES Consejo Economico e Social, Colección Estudios, 1996, p.139

30 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78.

livremente, não debate e negocia suas cláusulas em pé de igualdade com a outra parte, ou seja, basicamente não tem autonomia negocial. Aqui, à autonomia da vontade do trabalhador, sobrepõe-se o domínio do empregador, especialmente por conta da dependência do obreiro. Comentam Orlando Gomes e Elson Gottschalk:

Afirma-se que é da essência do contrato de trabalho a existência de um estado de dependência em que permanece uma das partes, o qual não se verifica, pelo menos tão incisivamente, nos demais contratos de atividade. Essa dependência seria uma peculiaridade do contrato de trabalho, e, por conseguinte, seu traço característico, seu elemento fisionômico [...] ³¹

O vínculo empregatício, a teor do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – tem como elemento principal a subordinação de uma pessoa física, o empregado, ao empregador, ao lado dos elementos da personalidade, onerosidade e não eventualidade. Assim, o empregado, vinculado a um contrato de emprego, em razão da subordinação, vende a sua força de trabalho, submetendo-se a ordens do empregador, cabendo a este dirigir a prestação de serviço e assumir os riscos da atividade econômica.

Esta subordinação característica do contrato de trabalho é um fenômeno jurídico, ou seja, deriva do vínculo de emprego como o “pólo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz jurídica” ³².

Este poder do empregador, resultante da situação de desequilíbrio entre as partes no contrato de trabalho, previsto no artigo 2º da CLT, representa um risco potencial à violação de direitos fundamentais. Isso porque a própria posição de assimetria pode favorecer abusos por parte do empregador que, em nome do seu poder de dirigir a prestação do obreiro, ultrapasse os limites razoáveis de tal posição jurídica violando direitos fundamentais do trabalhador. Especialmente no momento atual do mercado de trabalho potencializa esse risco:

Há de se salientar ainda, que as violações a esses direitos e ao princípio da dignidade da pessoa humana são mais frequentes na atualidade, ante a globalização e a mecanização, que tem gerado a escassez de trabalho. O estado de subordinação do empregado, que resta acirrado no mundo globalizado pela escassez de trabalho e pelo excesso de mão de obra, enseja uma maior possibilidade de violação dos direitos fundamentais do trabalhador e a disseminação do assédio moral, questões que devem ser rigorosamente controladas. ³³

A perspectiva de garantia aos direitos fundamentais na realização do trabalho humano também encontra fundamento na circunstância de que o trabalhador para exercer os demais direitos fundamentais, necessita laborar. Comenta Antonio Baylos:

Dessa forma, o trabalho é a base para o exercício dos direitos do cidadão, e reconhecê-lo implica, conseqüentemente, interligar o sujeito à sua dignidade como pessoa e ao seu projeto igualitário fixado, em nível coletivo, no esboço do art. 9.2 CE. Trabalhar é a condição de exercício de importantes prerrogativas de cidadania e a privação dessa qualidade, de maneira incorreta ou injustificada, não só implica a vulnerabilidade do direito ao trabalho, mas a dificuldade de exercício de outros importantes direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente ao trabalhador. ³⁴

O poder diretivo do empregador decorre dos valores constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como no artigo 170 da CF/88. Ele é decorrente do próprio direito de propriedade e de liberdade do empregador. O empregador, seja ele uma pessoa jurídica ou física ou mesmo ente despersonalizado, ao assumir os riscos da sua atividade econômica também passa a titularizar a posição de administrador dos elementos de seu negócio, especialmente os recursos humanos à sua disposição.

Ao contrário dos demais contratos entre particulares, o contrato de emprego, sofre pouca ou quase nenhuma influência da autonomia privada, face à mencionada desigualdade entre os contratantes, como visto. O empregado, presume-se, encontra-se em posição de sujeição, vulnerabilidade e fraqueza, não tendo o poder de ditar ou mesmo negociar individualmente as condições de seu contrato de emprego; lhe falta liberdade para disciplinar, regular e autolimitar o contrato no qual figura. É em razão do reconhecimento da situação de hipossuficiência do empregado que o contrato de emprego sofre limitações em suas cláusulas, cumprindo o Direito do Trabalho esse papel de normatização na busca de equilibrar as desigualdades.

Por outro lado, muito embora se reconheça o direito do empregador de dirigir a prestação do obreiro, como faceta do seu direito de liberdade e propriedade, a vulnerabilidade e sujeição do empregado não importa em despi-lo dos seus direitos fundamentais enquanto pessoa e enquanto trabalhador. Isso significa que o trabalhador continua a ser titular de todos os direitos fundamentais mesmo diante da sua situação de dependência.

31 GOMES, Orlando; ÉLSON, GOTTSCHALK. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 132.

32 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004, p.304.

33 PEGO, Rafael Foresti, MARCANTONIO, Denise Jaques. Direitos fundamentais, direitos da personalidade e o Direito do Trabalho. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, fevereiro de 2011, p.200.

34 BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social: “o direito ao trabalho como direito constitucional”. *Revista Trabalhista Direito e Processo*. São Paulo: Forense, v. 10, p. 31.

Oscar Zas, juiz do trabalho na Argentina, comenta:

El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. Esta obligación estatal encuentra asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es.³⁵

O empregado, obviamente, não se despe, não se desnuda de seus direitos fundamentais de cidadão ao sujeitar-se ao poder diretivo do empregador, ao ajustar um contrato de emprego. Junto com o empregado, ao entrar na empresa, entram também os seus direitos fundamentais de liberdade, igualdade e principalmente de dignidade que possuem assento constitucional no artigo 5º da CF/88.

O reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações desiguais entre particulares também é defendido por Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] é possível constatar – a exemplo do a sustenta Vieira de Andrade – uma substancial convergência de opiniões no que diz com o fato de que também na esfera privada ocorrem situações de desigualdades geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral, que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos.³⁶

Acerca do problema específico de aplicação ao contrato de trabalho dos direitos fundamentais, comenta Júlio Ricardo de Paula Amaral:

Aliás, a própria estrutura do contrato de trabalho demonstra necessidade de atuação dos direitos fundamentais no âmbito desse tipo de pacto, tendo em vista que, ao celebrar um pacto dessa natureza, o trabalhador cede ao empregador a sua força de trabalho, pelo que resta evidente que a relação que se origina não pode deixar de ser qualificada como uma relação de dependência.³⁷

Os direitos fundamentais no âmbito da relação de emprego, portanto, geram deveres recíprocos às partes, com especial ênfase nos deveres do empregador:

O dever que tem o empregador de dispensar tratamento digno ao empregado está na raiz da obrigação de respeitar os direitos fundamentais do obreiro. Esta obrigação tem por conteúdo o respeito aos direitos inerentes à dignidade da pessoa, que se relacionam com os direitos fundamentais, considerados de maneira genérica. O eixo ideológico desta construção doutrinária não é outro senão o reconhecimento da *Drittwirkung*, ou seja, da eficácia em face do empregador dos direitos fundamentais do empregado na execução do contrato de trabalho.³⁸

Desta forma, tem-se que no âmbito do contrato de trabalho, a ambos, tanto ao empregado quanto ao empregador são reconhecidos direitos fundamentais, sendo que o próprio desenvolvimento do contrato pode vir a revelar conflitos e tensões entre tais direitos. Essa tensão caracteriza-se como um verdadeiro conflito entre princípios, entre direitos fundamentais, cuja colisão não se soluciona de maneira simples.

4. A violação concreta de direitos fundamentais do empregado pelo empregador: casuística.

A tensão entre um direito fundamental do empregado, qual seja o valor da liberdade, e o poder diretivo do empregador dentro da relação de emprego, revela um campo fértil para o abuso, o excesso. No particular, a noção de eficácia horizontal dos direitos fundamentais vem justamente contribuir para solucionar tais conflitos, limitando o poder diretivo, com ênfase na preservação de valores essenciais, caros ao ordenamento jurídico brasileiro.

Aos direitos fundamentais deve ser dada máxima eficácia, limitando os poderes do empregador, portanto, sendo esta a regra geral. A função social do contrato de trabalho tem aqui papel relevante. É a opinião de José João Abrantes: Desse entendimento decorre, em nossa opinião, uma *presunção de liberdade* (“*Freiheitsvermutung*”), na qual assentará o critério que deve reger as relações entre contrato de trabalho e direitos fundamentais, critério que julgamos ser conforme à função última do Direito do Trabalho, que é subordinar os poderes empresariais à *cidadania*, isto é, impedir que a liberdade do cidadão-trabalhador seja reduzida ou aniquilada por tais poderes.

35 ZAS, Oscar. La interpretación y aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en materia laboral, con especial referencia al ordenamiento jurídico argentino. *Cadernos da AMATRA IV*, Ano V, nº13, junho/2010, p. 116.

36 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 379

37 AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do direito do trabalho. In: MONTESSO, Cláudio José.; FREITAS, Marco Antônio de.; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges (Coord.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008, p. 260-261

38 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3 ed. rev. e aum. São Paulo, LTr, 2009, p. 216.

Significa a mesma que, na empresa, a liberdade civil do trabalhador se encontra protegida contra limitações desnecessária e que qualquer limitação imposta a essa liberdade deverá revestir uma natureza absolutamente excepcional, só podendo encontrar justificação na necessidade de salvaguardar um outro valor (a correta execução do contrato) que, no caso concreto, se deva considerar superior.³⁹

Dessa forma, inúmeros casos práticos podem ser equacionados a partir desta nova perspectiva.

Tome-se como exemplo o caso de o empregador que emitindo regulamento neste sentido objetiva controlar a imagem do obreiro atuando diretamente em sua aparência e higiene, determinando o uso de cabelo curto, unhas curtas e proibindo o uso da barba em homens. Ao mesmo tempo em que se argumenta que tais exigências revelam o exercício do poder diretivo pelo empregador, podem vir essas medidas a se chocarem com o direito fundamental de liberdade do empregado, se mostrarem-se desnecessárias e excessivas. Aqui, vale a aplicação da perspectiva de que a limitação será justificável somente se houver justificativa razoável para tais exigências, como indispensáveis à execução do contrato de trabalho. Um exemplo da exigência de unhas curtas pode ser considerada legal para as enfermeiras de unidades de tratamento de recém nascidos, que possuem a pele frágil que pode vir a ser machucada por unhas longas.

Da mesma forma, os direitos fundamentais exercerão papel fundamental em questões de limites às revistas pessoais de empregados, considerando os valores da intimidade e da dignidade da pessoa, passíveis de serem violados diante de tais condutas.

O direito fundamental à igualdade quer também influenciar a nova concepção da relação de emprego, a partir de um reexame de eventuais práticas discriminatórias, relacionadas à ascensão profissional na empresa, que pode mostrar-se refratária a determinados grupos, a exemplo das mulheres e da existência dos chamados “tetos de vidro” que impedem as suas promoções.

A teor desta horizontalização dos direitos fundamentais trazendo-os para dentro da empresa, cabem também novas reflexões acerca do estudo do próprio meio ambiente do trabalho, enquanto âmbito equilibrado, tolerante, seguro e saudável, resguardado contra condutas que exponham o empregado a situações vexatórias, prejudiciais à saúde e até mesmo excessivamente perigosas .

Aponta-se também a questão da liberdade religiosa do empregado, bem como a sua objeção de consciência em relação à prestação de serviços em dias considerados como destinados ao descanso.

As violações e excessos também podem se mostrar na realização de testes psicológicos e grafotécnicos que, em exames de seleções, acabem por revelar aspectos da personalidade do obreiro, cuja intimidade este pretendia preservar.

O próprio uso obrigatório de detector de mentiras pelo empregado acusado por alguma falta grave dentro do estabelecimento do empregador, quando a este encontram-se disponíveis outras formas de investigação, também pode vir a configurar grave violação à direito fundamental do obreiro.

A obrigação de submissão ao novo teste laboratorial em mechas de cabelo, capaz de determinar o uso de substancias ilícitas até mesmo antes do início da prestação de serviços pode se revelar como intromissão abusiva na intimidade do obreiro, violando a sua dignidade. Por outro lado, haverá justificativa plausível em situações em que exige-se do trabalhador atenção e concentração redobradas no exercício do seu labor, funções cognitivas prejudicadas com o uso de entorpecentes. É o caso, por exemplo, dos pilotos de aviões.

Por fim, questões envolvendo a fiscalização eletrônica do ambiente de trabalho do obreiro, com instalação de câmeras de vídeo em todos os locais de prestação de serviços, inclusive em áreas para descanso, refeitório e vestiários também exigem do intérprete a noção de que tais conflitos jamais podem ser solucionados sem levar em conta a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como a própria ponderação e a regra de que os empregados somente poderão ter seus direitos fundamentais restringidos a partir de interesses relevantes da empresa.

Como exposto pela própria teoria dos direitos fundamentais, estes, enquanto direitos essenciais representam valores a serem efetivados em grau máximo, mas quando em conflito com outros valores de igual hierarquia exigem um necessário sopesamento. Claro está que não é somente por conta da posição de inferioridade do obreiro que se pode simplesmente reconhecer-se serem os seus direitos fundamentais absolutos e irrestringíveis.

Essa restrição a direitos fundamentais, todavia, como exposto pela própria teoria dos direitos fundamentais há de levar em consideração os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito:

Desse modo, a limitação dos direitos fundamentais dos trabalhadores pelo poder de direção do empregador exige a satisfação concomitante dos seguintes critérios: a restrição deve ser absolutamente necessária para a consecução de determinada finalidade, sendo infundadas as limitações que estejam além da necessidade inerente à correta execução do contrato; deve haver adequação entre o objetivo a atingir e a limitação imposta, razão por que deve ocorrer a menor restrição possível em função desse objetivo; e a admissão da restrição condiciona-se à observância de interesse relevante do empregador, vinculado ao seu bom funcionamento e ao correto desenvolvimento do

39. ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Portugal: Coimbra Editora, 2005, p. 190.

contrato, respeitando sempre o conteúdo essencial do direito fundamental.⁴⁰

Isso significa que para solucionar os conflitos mencionados, o intérprete deve fazer valer as lições apreendidas pela técnica da ponderação, que é composta de três máximas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, como visto. Não há uma solução pronta, acabada; exige-se do intérprete um juízo valorativo e uma grande argumentação, diante de cada caso concreto.

5. Conclusão

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais sobre toda a ordem jurídica, bem como a essencialidade dos valores assegurados em tais direitos exigem o seu reconhecimento também no âmbito da relação de emprego.

Isso se dá principalmente também porque no campo laboral, a possibilidade de ocorrerem violações a direitos fundamentais, com excessos e abusos é grande, em razão da situação de desigualdade entre os contratante.

Assim, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais exige do intérprete na análise de casos difíceis de conflitos entre diferentes valores constitucionalmente assegurados do uso da ponderação, com ênfase na maior eficácia possível dos direitos fundamentais do trabalhador envolvido. Cada caso concreto irá ditar a precedência de valores, alcançado-se, com isso, uma solução particular, única diante da qual se busca a máxima eficácia possível para os direitos em conflito.

A atual conjuntura de desregulamentação e precarização das relações de trabalho reclamam ainda mais a eficácia imediata e direta dos valores fundamentais, especialmente no Brasil, um país essencialmente desigual cujo mercado de trabalho também se mostra igualmente desigual.

6. Referências

- ABRANTES, José João. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Portugal: Coimbra Editora, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Os direitos fundamentais e a constitucionalização do direito do trabalho**. In: MONTESSO, Cláudio José.; FREITAS, Marco Antônio de.; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges (Coord.). **Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTr, 2008, p. 249-273.
- BAYLOS, Antonio. **Proteção de direitos fundamentais na ordem social: “o direito ao trabalho como direito constitucional”**. *Revista Trabalhista Direito e Processo*. São Paulo: Forense, v. 10, p. 22-51.
- BRASIL. **Vade Mecum**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés, Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004.
- GOMES, Orlando; Elson, GOTTSCHALK. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PAES, Arnaldo Boson. **A eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho e os limites do poder de direção do empregador**. In: BRANDÃO, Cláudio. (Org). **Os direitos fundamentais, o direito e o processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 41-55.
- PEGO, Rafael Foresti, MARCANTONIO; Denise Jaques. **Direitos fundamentais, direitos da personalidade e o Direito do Trabalho**. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, fevereiro de 2011, p.197-211.
- PÉREZ, Jose Luis Monereo. **Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral**. Espanha: CES Consejo Economico e Social, Colección Estudios, 1996, p.139
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2009
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

40 PAES, Arnaldo Boson. A eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho e os limites do poder de direção do empregador. In: BRANDÃO, Cláudio (Org). *Os direitos fundamentais, o direito e o processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 53-54

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo, Malheiros, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, justiça e princípios constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

ZAS, Oscar. **La interpretación y aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en matéria laboral, con especial referencia al ordenamiento jurídico argentino**. *Cadernos da AMATRA IV*, Ano V, nº13, junho/2010, p. 107-130.